50

Questions et Réponses

sur la Société Publique Locale

(SPL)

AGIR

Le transport public **indépendant**

Editorial

La SPL transport, mode d'emploi !

Adoptée à l'unanimité des Groupes politiques, la Société publique locale (SPL) est née en 2010.

Le texte, d'application immédiate, a permis aux collectivités de se lancer dans la réflexion de la création de ce nouvel outil juridique. Certaines collectivités ont déjà franchi le pas et ont décidé de recourir à la SPL afin de reprendre en main la gestion de leur service public. Maîtrise des coûts, réactivité, souplesse de fonctionnement, absence de mise en concurrence, actionnariat public multiple, la SPL a tout pour plaire !

Au-delà du travail sur le texte législatif, AGIR a d'ores et déjà conseillé de nombreuses collectivités locales sur le sujet et en a même accompagné dans la création d'une SPL Transport.

Nous avons décidé de compiler les questions les plus fréquentes et de mettre cette expertise à la disposition des collectivités conformément à l'esprit d'échange et d'entre-aide caractéristiques de notre association.

Notre ambition : faire de ce fascicule un outil indispensable pour tous les élus et les agents territoriaux pour qui la SPL peut représenter une opportunité pour gérer les services publics de transport avec plus de souplesse et de transparence.

Depuis l'adoption de la loi sur les SPL, plusieurs SPL de Transport ont vu le jour. Leur création a été l'occasion d'apporter des réponses concrètes aux questions posées par les élus et les services de transport. Une mise à jour du fascicule intègre ces réponses.

AGIR est à votre disposition pour tout complément d'information.

Gilles BOURDOULEIX, Président d'AGIR

AGIR
Le transport public indépendant

SOMMAIRE

Comment définir une SPL ? 7

1. Qu'est-ce qu'une SPL ? 7
2. Quelle est la différence entre une SEM et une SPL ? 7
3. Quelle est la différence entre une régie et une SPL ? 7
4. La coexistence d'une SPL et d'un EPIC est-elle envisageable ? 8

Comment créer une SPL ? 8

Procédure de création de la société 8

5. Concrètement, comment créer une SPL ? 8
6. Quelles sont les modalités administratives de création d'une SPL en cas d'une SEM existante déjà exploitante du service des transports ? 8
7. Quels délais faut-il prévoir pour créer une SPL *ex nihilo* ou une SPL par transformation d'une SEM déjà exploitante du service des transports ? 9

Actionnariat de la société 10

8. Toutes les formes de collectivités locales sont-elles concernées ? Qu'en est-il d'un EPIC ? 10
9. Un syndicat mixte peut-il être actionnaire d'une SPL ? 10
10. Quelle est la gouvernance entre les collectivités locales actionnaires d'une SPL ? 10

Capital de la société 11

11. Quel montant du capital social ? 11
12. Quelle capacité financière pour une SPL Transport ? 11
13. Quelles sont les règles de répartition du capital et leur conformité au ROSP dans le cas d'une collectivité locale actionnaire minoritaire ? 11
14. Comment peuvent se répartir les charges entre différentes Autorités Organisatrices actionnaires de tailles différentes ? 12
15. Peut-on faire évoluer une SEM en SPL ? 12
16. Comment s'effectue le rachat des actions des partenaires privés d'une SEM ? 12

Objet social de la société 13

17. Les collectivités doivent-elles être compétentes en transport pour créer une SPL transport ? 13
18. Une collectivité locale peut-elle être membre d'une SPL de transport sur une partie seulement de son territoire ? 14

19. Une commune peut-elle être actionnaire d'une SPL sur la base de sa compétence d'Autorité Organisatrice de second rang (AO2) ? 14
20. Les collectivités actionnaires d'une SPL sont-elles tenues de détenir l'intégralité des compétences regroupées dans l'objet social de la société ? 15

Comment fonctionne une SPL ? 15

Gouvernance de la société 15

21. Est-ce qu'une SPL fonctionne comme une société anonyme ? 15
22. Quel peut être l'organe de gouvernance d'une SPL ? 15
23. Quelle est la composition de ces organes ? 16
24. Existe-t-il des règles de répartition des sièges selon les collectivités actionnaires ou la répartition est-elle libre ? 16
25. Des élus peuvent-ils siéger au sein du conseil d'administration de la SPL ? 16
26. Est-il possible de désigner des suppléants pour les représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements au conseil d'administration de la SPL ? 17
27. Le personnel doit-il être représenté au conseil d'administration de la SPL ? 17
28. Le directeur d'une SPL peut-il être issu du conseil d'administration ? 17

Comptabilité et fiscalité de la société 18

29. Quelle comptabilité est applicable à une SPL ? 18
30. Une SPL est-elle soumise à l'impôt sur les sociétés et à la contribution économique territoriale (CET) ? 18
31. Une SPL est-elle soumise à la TVA et à la taxe sur les salaires ? 19

Règles de mise en concurrence applicables à une SPL 21

32. Une SPL est-elle soumise aux règles de mise en concurrence ? 21
33. Quelle part de sous-traitance est autorisée pour une SPL ? 21
34. A quelles conditions une SPL peut-elle prendre en charge directement un service public, comme un opérateur interne, sans publicité préalable ni mise en concurrence ? 22
35. Quels sont les risques encourus en cas de non-respect des critères régissant les relations de quasi-régie (ou d'opérateur interne) ? 23
36. Une SPL peut-elle recevoir des aides publiques ? 23

Personnel de la société 24

37. Quel est le statut du personnel d'une SPL, privé ou public ? 24
38. Est-il possible d'embaucher, dans une SPL, du personnel de droit public ? 24

Activités de transport 25

39. Concrètement, comment confier une activité de transport à une SPL ? Par quel type de contrat ? 25

40. Quelles activités peuvent être exercées pour le compte des actionnaires de la SPL au regard du ROSP ? Sous quelle forme (attribution directe / mise en concurrence) ? 25
42. Une SPL peut-elle exercer des activités annexes à la marge ?....26
43. Une SPL peut-elle conclure d'autres contrats (à titre marginal) pour des prestations de transports avec différents clients (collèges, associations, écoles, etc.) ? 26
44. Quelle est l'incidence de la création d'une SPL sur le VT? 27
Evolution de la société 27
45. Les participations des collectivités locales peuvent-elles évoluer au cours de la vie d'une SPL ?....27
46. Que se passe-t-il en cas d'entrée de nouvelles collectivités actionnaires dans le capital ? 28
47. Est-il possible de créer des filiales à la SPL ? 28
48. Est-il opportun de créer un GIE avec la SPL ?....28
Contrôle de la société.... 29
49. Quels sont les contrôles internes exercés sur la SPL ?....29
50. Quels sont les contrôles externes exercés sur la SPL ?....30
Annexe : liste des SPL créées ou en cours de création et intervenant en transport 32

Comment définir une SPL ?

1. Qu'est-ce qu'une SPL ?

Une SPL est une société anonyme créée par au minimum deux collectivités territoriales dont elles détiennent la totalité du capital afin de lui confier, sans mise en concurrence, l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général (article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales).

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le Code de commerce. Elles sont également régies par le Code général des collectivités territoriales (CGCT).

2. Quelle est la différence entre une SEM et une SPL ?

Premièrement, à la différence de la société d'économie mixte (SEM), une SPL n'est créée que par des « collectivités territoriales » et pour satisfaire leurs besoins uniquement. Aucun actionnaire privé ne peut entrer dans le capital d'une SPL et celle-ci ne peut « travailler » que pour ses collectivités actionnaires.

Deuxièmement, les SPL ne sont pas mises en concurrence pour l'attribution de leurs contrats liés à leur objet statutaire. Les collectivités actionnaires d'une SPL attribuent directement leurs services à la SPL dont elles sont actionnaires. En revanche, les SEM doivent soumissionner à une procédure de mise en concurrence périodique.

3. Quelle est la différence entre une régie et une SPL ?

A la différence d'une régie, la SPL est une société anonyme. Celle-ci fonctionne donc comme une société de droit privé (avec une comptabilité de droit privé) alors que les actionnaires sont tous des collectivités territoriales (communes, départements, régions, et leurs groupements tels communautés de communes, communautés d'agglomération, etc.). La régie quant à elle fonctionne avec une comptabilité publique et relève d'un régime fiscal particulier.

Il n'y a pas de différence pour le personnel, qui est de droit privé, qu'il s'agisse d'une régie ou d'une SPL (à l'exception, dans une régie créée sous forme d'EPIC, du directeur et de l'agent comptable si celui-ci est comptable public, qui relèvent du droit public).

La SPL doit être créée par au moins deux collectivités territoriales ou leurs groupements (exemple : une SPL créée par une communauté d'agglomération et un département) tandis qu'une régie est instituée par une seule collectivité territoriale ou groupement (exemple : régie créée par une communauté d'agglomération ou par un syndicat mixte).

Le point commun majeur entre une régie et une SPL est la possibilité de leur confier directement, sans mise en concurrence, l'exploitation d'un service public industriel et commercial comme par exemple, celui des transports de voyageurs.

4. La coexistence d'une SPL et d'un EPIC est-elle envisageable ?

Oui, dès lors que les missions confiées par la personne publique actionnaire de l'une et autorité de tutelle de l'autre sont distinctement réparties au travers des contrats conclus avec chacune des deux structures. Des synergies peuvent d'ailleurs être trouvées entre ces deux opérateurs notamment par le biais d'un Groupement d'intérêt économique (GIE).

Comment créer une SPL ?

Procédure de création de la société

5. Concrètement, comment créer une SPL ?

Schématiquement, les collectivités territoriales qui veulent créer ensemble une SPL se mettent d'accord sur l'objet de la SPL, la répartition du capital et des sièges, et prennent chacune une délibération en ce sens approuvant le projet de statuts de la future SPL.

Les collectivités actionnaires créent ensuite la SPL selon la procédure classique de société anonyme régie par le Code de commerce (signature et publication des statuts, immatriculation de la SPL au registre du commerce et des sociétés -RCS-).

Enfin, chaque collectivité actionnaire conclut un contrat d'exploitation avec la SPL portant sur les services qu'elle souhaite lui confier, sans procéder à une mise en concurrence.

6. Quelles sont les modalités administratives de création d'une SPL en cas d'une SEM existante déjà exploitante du service des transports ?

Les assemblées délibérantes de chacune des collectivités actionnaires d'une SEM sont compétentes pour créer une SPL par transformation.

Chaque collectivité territoriale doit délibérer, conformément à l'article L. 1524 du CGCT, en vue de permettre l'accord unanime des membres du conseil d'administration de la SEM représentant les collectivités territoriales ou leurs groupements sur la transformation.

Au sein de chaque assemblée délibérante, les conditions de majorité sont celles fixées par l'article L. 2121-20 du CGCT (majorité absolue des suffrages exprimés). Les délibérations portent notamment sur :

- le principe de la création d'une SPL par transformation de la SEM,
- le montant du capital social de la SPL,
- le montant et pourcentage de participation de chaque collectivité,
- les conditions de retrait des actionnaires privés et, le cas échéant, des actionnaires publics ne souhaitant pas se maintenir au capital,

- la désignation des représentants élus au sein de la SPL ainsi que son président, et plus largement de l'ensemble des mandataires sociaux,
- l'approbation du projet de statuts.

Les délibérations sont transmises au contrôle de légalité préalablement à la signature des statuts par l'exécutif de chaque collectivité.

La société est immatriculée au RCS et les statuts enregistrés auprès des services fiscaux. La création de la société fait ensuite l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales (JAL) et au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC).

Enfin, il convient de préciser que la consultation de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du CGCT n'est que facultative pour la délégation à une SPL[1] (nouvel article L. 1411-9 du CGCT).

7. Quels délais faut-il prévoir pour créer une SPL *ex nihilo* ou une SPL par transformation d'une SEM déjà exploitante du service des transports ?

Les délais prévisionnels de création d'une société publique locale dépendent des délais de réalisation successive des étapes suivantes :

- convocation des assemblées délibérantes des futures collectivités actionnaires en vue de la constitution de la SPL (selon les règles du CGCT et du Code de commerce) ;
- délibération des assemblées délibérantes des futures collectivités actionnaires sur la constitution de la SPL après un délai minimal de 15 jours à compter de l'envoi des convocations (article R. 225-69 du Code de commerce);
- signature des statuts de la SPL par les exécutifs des collectivités actionnaires ;
- publication des statuts de la société (journal d'annonces légales), et enregistrement de ces statuts au RCS et des services fiscaux (un mois environ).

Au total, la durée prévisionnelle de création d'une SPL varie de deux à six mois.

En cas de SEM existante, les délais sont ceux de convocation et de tenue des assemblées délibérantes de toutes les collectivités territoriales souhaitant créer la SPL ou déjà actionnaires de la SEM.

[1] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

8. Toutes les formes de collectivités locales sont-elles concernées ? Qu'en est-il d'un EPIC ?

D'après l'article L. 1531-1 du CGCT, sont concernées les « *collectivités territoriales et leurs groupements* » (communes, départements, régions, et leurs groupements tels communautés de communes, communautés d'agglomération, etc.).

Au contraire, les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) n'ont en principe qu'une compétence particulière, spécifique. Ils sont gouvernés par un principe de spécialité qui limite leurs interventions aux domaines que la loi leur attribue. Leur compétence n'est pas liée à un territoire spécifique. Ils ne répondent donc pas à la définition d'une collectivité territoriale.

Il existe cependant des « *établissements publics territoriaux* », tels que les syndicats de communes, dont le régime s'apparente à celui des collectivités locales. Il s'agit de groupements de collectivités territoriales dits établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). Ils répondent donc à la définition du texte qui fait référence aux groupements. Leur compétence est définie par le territoire des collectivités membres, ce qui permet de mettre en œuvre le second critère. Toutefois, la création d'une SPL entre un EPCI et ses communs membres n'est possible, a rappelé le ministère de l'intérieur[2], que si l'objet social de la société se rapporte à une compétence partagée (cf. notion d'intérêt communautaire). Cela vise également les compétences considérées comme complémentaires, telles que les transports publics et le stationnement.

Ainsi, la loi s'applique à toutes les formes de collectivités territoriales, mais uniquement à celles-ci.

9. Un syndicat mixte peut-il être actionnaire d'une SPL ?

Oui, un syndicat mixte peut être actionnaire. En effet, l'article L. 1531-1 du CGCT instituant la SPL vise « *les collectivités territoriales et leurs groupements* » et un syndicat mixte constitue un tel groupement au sens des dispositions de l'article L. 5111-1 du même code[3].

10. Quelle est la gouvernance entre les collectivités locales actionnaires d'une SPL ?

Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.

Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement (article L. 1524-5 du CGCT).

[2] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA.
[3] Confirmation par CAA Bordeaux, 13 mars 2012, *Préfet du Gers*, n° 11BX01860.

Le principe du vote à la majorité n'est pas incompatible avec la notion de contrôle analogue à celui que la personne publique exerce sur ses propres services (CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07).

Capital de la société

11. Quel montant du capital social ?

Par référence à l'article L. 224-2 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes, le capital social des SPL doit être au moins égal à 37 000 euros.

Toutefois, les SPL étant soumises au titre II du livre V de la première partie du CGCT, les seuils dérogatoires prévus à l'article L. 1522-3 de ce code pour les sociétés d'économie mixte locale (SEML) d'aménagement et de construction leurs sont applicables.

Mais ces dispositions spécifiques ne concernent pas les SPL ayant pour objet le transport.

12. Quelle capacité financière pour une SPL Transport ?

S'agissant des SPL de transport, il convient de relever que, depuis l'adoption du décret du 28 décembre 2011, l'article 6-1 du décret n°85-891 du 16 août 1985 récemment modifié prévoit que « *I. Il est satisfait à l'exigence de capacité financière mentionnée au II de l'article 2 lorsque l'entreprise démontre, conformément au V du présent article, qu'elle dispose chaque année de capitaux et de réserves d'un montant au moins égal à 1 500 euros pour chaque véhicule n'excédant pas neuf places, conducteur compris, et, pour les véhicules excédant cette limite, 9 000 euros pour le premier véhicule et 5 000 euros pour chacun des véhicules suivants* ».

Dès lors, la capacité financière d'une SPL pour être inscrite au registre des transporteurs exige de disposer d'un montant au moins égal à 1 500 euros pour chaque véhicule n'excédant pas neuf places et de 9.000 euros pour le premier véhicule de plus de 9 places et de 5.000 euros par véhicule pour les suivants.

13. Quelles sont les règles de répartition du capital et leur conformité au ROSP dans le cas d'une collectivité locale actionnaire minoritaire ?

La loi n'impose pas qu'une collectivité détienne la majorité du capital.

En revanche, le Règlement sur les Obligations de Service Public dans les transports (ROSP) du 23 octobre 2007[4] (article 5.2) indique que « *dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* », le contrôle étant partiellement exercé grâce à la détention du capital.

[4] Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, dit règlement sur les obligations de service public dans les transports (ROSP).

Cependant, la Cour de Justice, suivie par le Conseil d'Etat, a jugé qu'un contrôle pouvait être exercé en commun (CJCE, 13 novembre 2008*, Coditel Brabant SA,* aff. C-324/07 ; CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, req. n° 300481).

Ainsi, malgré la formulation du ROSP, il semble que la détention majoritaire du capital par l'une des collectivités ne soit pas nécessaire.

De même, si l'on admettait que seule la collectivité détenant la majorité du capital pouvait octroyer des missions à la SPL créée, cela rendrait inopérante la possibilité de créer un organisme à plusieurs, une seule entité pouvant éventuellement être majoritaire. La jurisprudence précitée a d'ailleurs été rendue à propos de collectivités détenant une participation minoritaire dans les organismes en cause.

Ainsi, il importe peu qu'une collectivité locale détienne une participation minoritaire.

14. Comment peuvent se répartir les charges entre différentes Autorités Organisatrices actionnaires de tailles différentes ?

La question est la même qu'au sein d'une SEM, le principe étant une forme de proportionnalité des engagements à la part de capital social détenu.

15. Peut-on faire évoluer une SEM en SPL ?

Il est possible de faire évoluer le capital d'une SEM pour une SPL.

Le rachat des parts dans le cadre de la SEM doit être concomitant à la transformation des statuts.

En effet, une SEM ne peut être détenue à plus de 85 % par une personne publique. De même, une SPL ne peut avoir d'actionnaire privé.

Le rachat des parts d'un actionnaire est possible en lui faisant une offre qui contient le prix, les modalités d'évaluation et de paiement. Il n'existe pas de mécanisme contraignant. En effet, l'actionnaire, en tant que membre de la société, ne peut être privé de cette qualité sans son consentement (articles 544 et 1134 du Code civil).

Une délibération du conseil municipal sera nécessaire pour autoriser l'exécutif à signer l'acte d'achat. Cette délibération sera transmise au préfet dans le cadre du contrôle de légalité (articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT).

16. Comment s'effectue le rachat des actions des partenaires privés d'une SEM ?

Comme pour toute société commerciale, la méthode la plus simple se fonde sur l'actif net, c'est-à-dire, au prorata de la participation dont il s'agit, le montant du capital social, augmenté des réserves, reports à nouveaux, résultat de l'année, subventions et provisions réglementées et diminué des actifs fictifs (frais de recherche et développement, prime de remboursement) et écarts de conversions.

Cet actif net peut ensuite être revu à la hausse ou à la baisse pour tenir compte par exemple de sa liquidité (une participation majoritaire vaut plus par principe et par action qu'une minoritaire, une participation avec minorité de blocage vaut plus par action qu'une participation sans minorité de blocage).

Il existe par ailleurs beaucoup d'autres méthodes de valorisation, plus ou moins sophistiquées.

Objet social de la société

17. Les collectivités doivent-elles être compétentes en transport pour créer une SPL transport ?

En application de l'article L. 1531-1 du CGCT, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi ou en application de leur clause de compétence générale à condition, dans ce dernier cas, qu'un intérêt local justifie leur intervention sur un marché concurrentiel[5].

A titre d'exemple, se pose la question de savoir si une Autorité Organisatrice (AOT) et une commune ayant transféré sa compétence transport à l'AOT peuvent créer ensemble une SPL.

Si la commune a transféré sa compétence « transport », elle n'est plus compétente dans ce domaine. Elle ne pourra donc pas devenir actionnaire d'une SPL dont l'objet serait d'exploiter tout ou partie des lignes de transport public relevant de la compétence des actionnaires. Ce dessaisissement automatique trouve, notamment, sa source dans l'article L. 5211-17 du CGCT.

En application de ce mécanisme de transfert, le juge sanctionne tout acte administratif pris par une commune dont l'adhésion à un EPCI a, de droit, entraîné le dessaisissement (CAA Lyon, 7 janvier 2010, *VALTOM*, req. n° 09LY02174).

Néanmoins, il est possible que la SPL ait un objet plus large que celui transféré et qu'il ne se limite pas à l'exploitation du service public du transport. Dans ce cas, la participation d'une commune ayant transféré sa compétence « transport » redevient envisageable pour les autres compétences confiées à la SPL et sous réserve que la commune ait toujours compétence pour intervenir. Cette piste peut être envisagée pour les compétences de transport de type « périscolaire » (cf. *infra*).

[5] Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est, en effet, applicable à la création d'une SPL, de sorte que la régularité de son intervention est soumise, lorsqu'elle prend en charge une activité économique, à la justification d'un intérêt public, lequel peut résulter de la carence de l'initiative privée (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, req. n° 275531 ; CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, req. n° 306911).
Attention : sous réserve de modifications législatives ultérieures, en principe, à partir du 1er janvier 2015, en application de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, les départements et les régions ne disposeront plus de la clause de compétence générale mais d'une simple capacité d'initiative leur permettant d'intervenir en dehors de leurs attributions propres lorsque la loi n'aura donné compétence à aucune autre personne publique pour intervenir dans le cadre d'un schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services.

18. Une collectivité locale peut-elle être membre d'une SPL de transport sur une partie seulement de son territoire ?

La qualité d'actionnaire ne confère pas à la SPL de mission sur le territoire de celui-ci si cette mission ne fait pas l'objet d'un contrat portant sur les obligations de service public de transport, dit « contrat OSP », conclu entre la SPL et la collectivité locale actionnaire.

C'est, en effet, l'existence d'un tel contrat qui permet à la SPL d'accomplir sa mission sur le territoire de l'actionnaire, laquelle sera ensuite mentionnée dans les statuts de la SPL relatifs à l'objet et au territoire.

En d'autres termes, un actionnaire peut parfaitement ne confier à la SPL que certaines lignes et la cantonner contractuellement à une partie seulement de son territoire. Ce choix s'opère au moyen du contrat, non des statuts de la SPL.

Ce même actionnaire pourra étendre l'étendue du périmètre de la SPL en modifiant le contrat OSP initialement conclu avec la SPL.

19. Une commune peut-elle être actionnaire d'une SPL sur la base de sa compétence d'Autorité Organisatrice de second rang (AO2) ?

Pour rappel, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi. En tant qu'AOT, elles peuvent dont créer des SPL de transport de voyageurs.

Quant aux AO2, elles peuvent être compétentes en transports scolaires en vertu d'une convention conclue avec le conseil général ou l'autorité compétente pour l'organisation des transports urbains (article L. 3111-9 du Code des transports, ancien article L. 213-12 du Code de l'éducation). Elles peuvent également être compétentes pour tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service régulier ou d'un service à la demande, par délégation conventionnelle de compétence du département (Cf. article 28 décret n°85-891 du 16 août 1985).

Dans ces cas, les AO2 ne bénéficient pas réellement de « transfert » de compétence dans la mesure où l'organisation de la prise en charge des transports est réalisée par une simple convention.

La qualité d'AO2 ne paraît donc pas constituer un support juridique suffisant pour permettre l'actionnariat d'une personne publique, dépourvue de compétence transport propre, dans une SPL.

Au demeurant, le caractère limité dans le temps de la convention conclue avec l'AO2 et donc de la qualité d'AO2 rendrait difficile la participation à une SPL dès lors que la perte de cette qualité devrait entraîner le retrait immédiat de la SPL, voire la dissolution de celle-ci s'il ne subsiste qu'un seul actionnaire.

20. Les collectivités actionnaires d'une SPL sont-elles tenues de détenir l'intégralité des compétences regroupées dans l'objet social de la société ?

A l'occasion des premiers contentieux portant sur les SPL, le juge des référés du Tribunal administratif de Lille[6] a jugé que :

- L'article L. 1531-1 du CGCT instituant les SPL n'exige pas qu'une collectivité actionnaire d'une SPL détienne l'intégralité des compétences de l'objet social de la société. En revanche, il est rappelé qu'une collectivité ne peut être actionnaire d'une SPL dont l'objet social ne correspond à aucune des compétences attribuées à cette collectivité.

- La loi sur les SPL ne limite pas l'intervention des actionnaires de la société à leur champ de compétences. Autrement dit, chaque collectivité territoriale, en sa qualité d'actionnaire, a la possibilité de statuer sur l'ensemble des questions relatives à l'objet social de la SPL, indépendamment des compétences initiales qui lui ont permis d'entrer dans le capital de la société. Ainsi, par exemple, une collectivité devenue actionnaire d'une SPL au titre de sa compétence « mobilité douce » peut, en tant qu'actionnaire, délibérer sur les questions relatives aux transports.

Comment fonctionne une SPL ?

Gouvernance de la société

21. Est-ce qu'une SPL fonctionne comme une société anonyme ?

L'article L. 1531-1 du CGCT instituant les SPL renvoie au livre II du Code de commerce régissant les sociétés anonymes (droit privé). Il n'y apporte expressément qu'une seule dérogation : le nombre minimum d'actionnaires est fixé à deux et non sept.

Par ailleurs, les SPL sont soumises au titre II du livre V de la première partie du CGCT, relatif aux SEM.

22. Quel peut être l'organe de gouvernance d'une SPL ?

Les actionnaires ont le choix entre deux modes de gestion de la société :

- soit, le plus souvent, avec un directeur général, un conseil d'administration et un président ou un président-directeur général et un conseil d'administration : les membres du conseil d'administration participent à la gestion de la société en déterminant les orientations générales de son activité et veillent à leur mise en œuvre par le directeur général ;

[6] TA Lille, ord., 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre-Avesnois (CCSA)*, req. n° 1201729, sous réserve de confirmation par le juge du fond.

- soit, plus rarement, avec un directoire et un conseil de surveillance : la gestion de la société est confiée au directoire, le contrôle de gestion au conseil de surveillance.

23. Quelle est la composition de ces organes ?

Le conseil d'administration est composé de 3 à 18 membres minimum (article L. 225-17 du Code de commerce).

Le conseil de surveillance : 3 à 18 membres (L. 225-69 du Code de commerce) et le directoire : 5 maximum (L. 225-58 du Code de commerce).

24. Existe-t-il des règles de répartition des sièges selon les collectivités actionnaires ou la répartition est-elle libre ?

Selon l'article L. 1524-5 du CGCT (dérogation au droit commun des sociétés), toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.

Dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires par rapport au capital de la société, les statuts fixent le nombre de sièges dont ils disposent au conseil d'administration ou de surveillance, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure. Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement.

25. Des élus peuvent-ils siéger au sein du conseil d'administration de la SPL ?

L'exercice d'un contrôle analogue à celui exercé sur les propres services de la personne publique implique une forte présence organique (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05). Celle-ci est, en tout état de cause, imposée par l'article L. 1524-5 du CGCT.

Cette nécessité doit cependant se combiner avec le délit de prise illégale d'intérêt, prévu par l'article 432-12 du Code pénal. De plus, sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires (article L. 2131-11 du CGCT).

La présence des élus locaux dans les SEM est permise par l'article L. 1524-5 du CGCT, applicable aux SPL. Ils ne peuvent cependant pas être présents dans la commission d'appel d'offres relative à un marché ou une délégation de service public à laquelle leur SEM candidate.

Un élu peut donc *a priori* prendre part aux discussions et votes des délibérations relatives à la SPL où il siège.
La rémunération des élus locaux représentant les collectivités dans les SEM n'est pas constitutive d'un délit si elle a été autorisée par une délibération expresse de l'assemblée qui l'a désigné (L. 1524-5 du CGCT).

Le régime est donc identique à celui applicable aux SEM.

26. Est-il possible de désigner des suppléants pour les représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements au conseil d'administration de la SPL ?

Il est possible de désigner un suppléant appelé à remplacer le représentant permanent d'une collectivité territoriale ou d'un groupement au conseil d'administration, en cas de révocation, de démission ou de décès de ce dernier. Le nom du successeur est ainsi connu par avance, ce qui permet d'éviter toute rupture si les fonctions du titulaire prennent fin inopinément.

En revanche le suppléant ne peut pas se substituer au titulaire en cas d'empêchement momentané de ce dernier. Dans cette hypothèse, le représentant permanent peut seulement donner mandat à un autre administrateur de la société de le représenter à une séance du conseil d'administration (R. 225-19 du Code de commerce). Ce mandat doit être donné par écrit : par exemple, par lettre, télécopie ou courrier électronique.

Deux éléments sur le régime de cette représentation sont à signaler :

- concernant le quorum : le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié de ses membres sont présents physiquement, ou par visioconférence. Il n'est pas tenu compte des administrateurs représentés (L. 225-37 du Code de commerce) ;

- concernant la majorité : les décisions sont prises à la majorité des membres présents, ou représentés (L. 225-37 du Code de commerce).

27. Le personnel doit-il être représenté au conseil d'administration de la SPL ?

Il n'existe pas une telle obligation dans les textes (une obligation existe pour les sociétés soumises à la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public mais seules sont concernées les SEM ou SPL dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social – article 1er, 3° de la loi).

28. Le directeur d'une SPL peut-il être issu du conseil d'administration ?

L'article L. 225-51-1 du Code de commerce dispose :

« *La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général.*

Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visées au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions de la présente sous-section relatives au directeur général lui sont applicables ».

Le directeur général peut donc être choisi parmi les actionnaires ou en-dehors d'eux. La loi n'impose pas qu'il soit lui-même actionnaire.

Comptabilité et fiscalité de la société

29. Quelle comptabilité est applicable à une SPL ?

L'article L. 1531-1 du CGCT instituant les SPL renvoie aux dispositions applicables aux sociétés anonymes et aux SEM. Dans les deux hypothèses, une comptabilité privée et commerciale est prévue (articles L. 225-1 et suivants du Code de commerce).
Ainsi, le régime de la comptabilité publique n'est pas applicable aux SPL.

30. Une SPL est-elle soumise à l'impôt sur les sociétés et à la contribution économique territoriale (CET) ?

Pour rappel, en application de l'article L. 1531-1 du CGCT, les SPL sont soumises :
- d'une part, aux règles applicables aux sociétés anonymes de droit commun,
- d'autre part, aux règles particulières prévues par le législateur pour les SEML (société d'économie mixte locale), par renvoi du dernier alinéa de l'article susvisé.

D'un point de vue fiscal, les textes ayant institué les SPL ne contiennent aucune disposition dérogatoire.

Par conséquent, le régime fiscal applicable aux SPL est déterminé conformément aux règles de droit commun.

S'agissant de l'impôt sur les sociétés (IS), les SPL étant juridiquement constituées sous la forme de sociétés anonymes, elles entrent dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés quel que soit leur objet (Cf. article 206 du Code général des impôts -CGI-).

Le régime juridique applicable aux SPL est, à défaut de disposition contraire, celui applicable aux SEML, les SPL ne bénéficient, contrairement aux SEM, d'aucune exonération en matière d'IS.

En effet, les exonérations d'impôt constituent des dérogations aux règles de droit commun. En vertu du principe fondamental du droit fiscal selon lequel ces dérogations sont d'interprétation stricte, elles ne peuvent être étendues à d'autres situations même par voie d'analogie.

S'agissant de la CET, les SPL qui exercent à titre habituel une activité professionnelle non salariée entrent dans le champ d'application de la CET.

La contribution économique territoriale (CET) est composée de deux éléments distincts :
- d'une part, de la cotisation foncière des entreprises (CFE), laquelle est due par toutes les personnes exerçant en France une activité professionnelle non salariée et qui n'entre pas dans l'un des cas d'exonération de plein droit ou facultative limitativement

prévus par la loi (articles 1447 et suivant du CGI),

- d'autre part, de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) laquelle est due par les personnes physiques ou morales ainsi que les sociétés non dotées de la personnalité morale, qui exercent une activité imposables à la CFE et dont le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur à 152 500 euros (articles 1586 et suivant du CGI).

Sous réserve de règles nouvelles, au cas particulier de l'exploitation du service public de transport de voyageurs, aucune mesure d'exonération n'est prévue par le CGI.

31. Une SPL est-elle soumise à la TVA et à la taxe sur les salaires ?

Le choix du mode de contractualisation entre l'AOT et la SPL impacte le coût fiscal global de l'exploitation du service public de transport de voyageurs.

Pour rappel, conformément aux dispositions de l'article 256 B du CGI, les prestations de transport de personnes effectuées par une personne morale de droit public sont obligatoirement soumises à la TVA.

Ainsi, les personnes morales de droit public sont en principe assujetties à la TVA dans le cadre de l'exploitation du service public de transport de voyageurs.

Toutefois, le mode juridique de gestion du service public par l'AOT a de fortes incidences sur l'application de la TVA.

Il convient en effet de distinguer deux situations, selon que l'AOT a ou non la qualité fiscale d'exploitant du service, c'est-à-dire, pour l'administration fiscale, « *court l'aléa commercial du service, c'est-à-dire supporte la charge des déficits d'exploitation ou perçoit le produit des excédents ; il est réputé fournir la prestation de transports aux usagers et il est le redevable de la taxe sur la valeur ajoutée* (BOI 3 D-1-85 n°2) ».

En pratique, l'AOT conserve la qualité d'exploitant lorsqu'elle exploite directement le service avec ses propres moyens ou en recourant à des sous-traitants dans le cadre de marchés publics. En revanche, lorsque le risque de l'exploitation est transféré à un tiers dans le cadre d'une délégation de service public, c'est le délégataire qui a fiscalement la qualité d'exploitant.

Il convient de distinguer deux hypothèses.

- Contrat OSP de type « DSP » :

Dans cette hypothèse, l'opérateur interne exploite les services à ses risques et périls et l'AOT verse à l'opérateur interne une contribution forfaitaire.

L'AOT ne peut alors pas être considérée d'un point de vue fiscal comme étant l'exploitant du service du transport public de voyageurs. Partant, elle n'a pas la qualité de redevable de la TVA. Elle ne peut alors récupérer la TVA ayant grevé les dépenses d'investissement qu'elle a supportées au titre de l'activité de transport public de voyageurs que par le biais du mécanisme de transfert du droit à déduction prévu à l'article 210 de l'annexe II au CGI.

En revanche, dans cette hypothèse, la SPL doit être considérée comme étant l'exploitant

fiscal du service public de transport de voyageurs. Elle est alors assujettie à la TVA sur l'ensemble des recettes tarifaires qu'elle perçoit des usagers dans les conditions de droit commun. Elle peut par conséquent déduire la TVA qu'elle a supportée sur les dépenses de fonctionnement engagées en amont pour les besoins de l'exploitation du service public en cause.

Conformément aux principes applicables à la taxation des subventions en matière de TVA :

- les subventions directement liées au prix des opérations imposables sont soumises à la TVA (subventions compléments de prix et subventions ayant pour contrepartie directe une prestation de services ou une livraison de biens) ;
- les subventions non directement liées au prix des opérations imposables ne sont pas soumises à la TVA (subventions d'équilibre, de fonctionnement ou d'équipement).

Dans ce schéma envisagé (contrat OSP type « DSP »), la SPL perçoit une subvention de fonctionnement non soumise à la TVA pour les raisons rappelées ci-avant, ce qui peut conduire la SPL à entrer dans le champ d'application de la taxe sur les salaires.

En effet, les SPL ne bénéficient pas de mesures particulières d'exonération en matière de taxe sur les salaires.

Elles sont donc soumises à cette taxe aux conditions de droit commun.

Ainsi, la perception par la SPL d'une subvention de fonctionnement non soumise à la TVA est susceptible d'entraîner son assujettissement à la taxe sur les salaires, dès lors qu'elle impacte le rapport d'assujettissement (Pour rappel, la taxe sur les salaires est régie par les articles 231 et suivants du CGI. Elle est due par les employeurs domiciliés ou établis en France qui n'ont pas été assujettis à la TVA ou ne l'ont pas été sur 90 % au moins de leur chiffre d'affaires l'année civile précédant celle du versement des rémunérations).

- Contrat OSP de type « marché de prestations de service »

Dans cette seconde hypothèse, l'AOT est fiscalement considérée comme étant l'exploitant fiscal du service public du transport public de voyageurs en supportant directement les risques de l'exploitation du service public du transport de voyageurs.

La SPL est un prestataire de service fournissant des services à l'AOT dans le cadre de l'exploitation du service public en cause.

La qualité d'exploitant de l'AOT impliquerait qu'elle mette en place un budget annexe propre à l'activité de transport de voyageurs (BAT), selon la norme comptable M43.

Cela entraînerait également l'assujettissement de l'AOT à la TVA dans les conditions de droit commun.

Elle devrait alors collecter la TVA sur le prix de toute prestation de transport de voyageurs effectuée à titre onéreux, conformément aux dispositions des articles 256 et 256 B du CGI, et reverser cette TVA au Trésor Public.

Par ailleurs, le statut de redevable de la TVA dont bénéficie l'AOT dans cette hypothèse lui permettrait de déduire la TVA qu'elle supporte sur ses achats de biens et de service dans les conditions de droit commun, qu'il s'agisse de dépenses de fonctionnement ou d'investissement.

La SPL, en tant que prestataire de service effectuant des prestations à titre onéreux au profit

de l'AOT, serait également assujettie à la TVA dans les conditions de droit commun. Elle collecterait de la TVA sur la prestation qu'elle fournit à l'AOT et déduirait celle supportée en amont pour les besoins de son activité économique.

Dans l'hypothèse d'un contrat de type « marché de prestations de services », la SPL serait assujettie à la TVA sur les opérations qu'elle effectue.

Elle ne percevrait pas de subventions de la part de l'AOT, celle-ci étant propriétaire des recettes, et assumant donc directement le risque lié à l'exploitation du service public de transport de voyageurs.

Partant, la SPL ne serait pas assujettie à la taxe sur les salaires, son chiffre d'affaires étant assujetti à plus de 90 % à la TVA.

Règles de mise en concurrence applicables à une SPL

32. Une SPL est-elle soumise aux règles de mise en concurrence ?

Il faut distinguer deux types de contrats.

Pour les contrats passés entre la SPL et les collectivités actionnaires :
Si les conditions les plus strictes du « *in house* » sont respectées, les procédures de publicité et mise en concurrence peuvent être écartées en application de l'article 3 du Code des marchés publics.

Pour les contrats passés par la SPL pour ses propres besoins :
La SPL doit, pour répondre à ses besoins propres, respecter les règles de passation des marchés prévues par[7] :

- l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;
- le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;
- le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

33. Quelle part de sous-traitance est autorisée pour une SPL ?

La SPL peut sous-traiter ses missions dans le cadre d'une mise en concurrence.

A ce titre, il convient d'indiquer que l'article 5 e) du Règlement OSP du 23 octobre 2007 prévoit qu'un opérateur interne est tenu d'assurer lui-même la *majeure partie* du service public de transport de voyageurs.

[7] Le respect de ces règles a été rappelé par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales.

34. A quelles conditions une SPL peut-elle prendre en charge directement un service public, comme un opérateur interne, sans publicité préalable ni mise en concurrence ?

Dans la circulaire du 29 avril 2011 relative aux SPL[8], le ministère de l'intérieur rappelle que, pour pouvoir être reconnu comme opérateur interne, dit « *in house* », et être ainsi dispensée des obligations de publicité et de mise en concurrence pour les contrats conclus pour le compte de leurs actionnaires, la SPL doit présenter des statuts satisfaisant aux deux conditions cumulatives dégagées par la jurisprudence communautaire[9] :

- ***Le critère du contrôle analogue*** : le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité en cause un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.
  A ce titre, si l'existence d'un actionnariat public est une condition indispensable à l'exercice à la reconnaissance d'une relation « *in house* », elle n'est toutefois pas suffisante pour garantir le respect de ce premier critère[10].
  En effet, l'absence d'autonomie de l'entité est vérifiée par le juge grâce à un faisceau d'indices concordants dont il résulte qu'une société détenue par plusieurs actionnaires publics ne peut être considérée comme étant dans une relation de « *in house* » avec l'ensemble de ses actionnaires, y compris minoritaires[11], uniquement s'il existe un lien de dépendance institutionnel très fort avec l'autorité publique[12].
  Pour les SPL, il s'agit, en plus des garanties créés par la loi[13], de prévoir dans leurs statuts des modalités de contrôle renforcé par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société (exemple : prévoir des réunions régulières du conseil d'administration, créer des organes ou comités de pilotage dans lesquels les collectivités s'assurent une représentation et un pouvoir effectif de décision, etc).
  Ce contrôle analogue doit nécessairement exister dans les statuts afin de retenir la qualification d'opérateur internet et dans chaque contrat de prestation intégrée souscrit entre un actionnaire et l'entité bénéficiant du « *in house* ».

- ***Le critère de l'opérateur dédié*** : l'entité doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les collectivités qui le détiennent.
  Pour les SPL, le respect de ce second critère ne devrait pas poser de difficultés puisqu'elles exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire de ceux-ci (article L. 1531-1 alinéa 3 du CGCT).

---

[8] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA. Voir également l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des SPL.

[9] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

[10] CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03 ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04.

[11] CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05.

[12] Parmi les principaux indices relevés par le juge communautaire : contrôle permettant à l'autorité publique d'avoir une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et décisions importantes de l'entité (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03), absence d'autonomie de l'entité dans son fonctionnement et dans son activité (CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05), contrôle organique de l'entité (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05.

[13] L'article 1524-5 du CGCT dispose que toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée (aliéna 1) et que les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires doivent se prononcer sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance (aliéna 14). De plus, l'article L. 1524-1 du CGCT prévoit que le représentant d'une collectivité actionnaire ne peut donner son accord à une modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants de la société sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification.

35. Quels sont les risques encourus en cas de non-respect des critères régissant les relations de quasi-régie (ou d'opérateur interne) ?

Comme rappelé dans la circulaire ministérielle susvisée[14], la méconnaissance du double critère attestant d'une relation « *in house* », constituerait, lors des commandes passées par la SPL, une violation des règles de la commande publique, ainsi qu'un délit pénal pour les mandataires y ayant participé.

- *Violation des règles de la commande publique*

Par principe, tout contrat de la commande publique doit être précédé d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence[15].

La quasi-régie n'étant qu'une exception à ce principe général de transparence, si une mission est confiée directement à une SPL par une collectivité actionnaire, sans que la relation « *in house* » ne s'avère effective, une violation des règles de procédure encadrant la passation du contrat concerné sera établie.

Dès lors, la délibération de la collectivité actionnaire confiant la mission à la SPL et/ ou la convention les liant sont susceptibles d'être annulées par le juge pour irrégularité.

- *Exposition au délit de favoritisme*

L'article 432-14 du Code pénal instaure le délit de favoritisme (ou délit d'octroi d'avantages injustifiés) dans les termes suivants : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public*. »

En application de ces dispositions, si une SPL ne respecte pas les critères du « in house », l'élu mandataire qui aurait participé aux délibérations confiant à la société, la gestion d'un service public risquerait d'être poursuivi pour délit de favoritisme.

36. Une SPL peut-elle recevoir des aides publiques ?

Selon l'Autorité de la concurrence[16], le financement des SPL par les collectivités territoriales est compatible avec le droit communautaire des aides d'Etat si trois conditions sont remplies :

1) *Il existe un mandat spécifiant notamment la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs ou*

[14] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA.
[15] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98.
[16] Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des SPL.

spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision d'aide, ainsi que les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter les surcompensations ;

2) *La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts encourus pour l'accomplissement des obligations de service public, un calcul de tous les coûts ainsi que des recettes de tout type reçues devant être réalisé ;*

3) *Les États membres doivent mettre en place des autorités de contrôle des éventuelles surcompensations attribuées*[17].

Personnel de la société

37. Quel est le statut du personnel d'une SPL, privé ou public ?

Comme pour une régie de transport, le personnel d'une SPL relève du statut de droit privé.

En effet, en application d'une jurisprudence constante[18], le statut du personnel affecté à un service public industriel et commercial (SPIC) relève du droit privé.

Or, le service de transport de voyageurs est qualifié par la loi de service public industriel et commercial (article 7-II de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 dite loi LOTI devenu l'article L. 1221-3 du Code des transports).

Dès lors, le statut du personnel d'un service public de transport de voyageurs relève du droit privé. Il est soumis au droit du travail et à la convention collective applicable.

38. Est-il possible d'embaucher, dans une SPL, du personnel de droit public ?

Pour les fonctionnaires :
Il est possible d'envisager le détachement de fonctionnaire, en vertu de l'article 64 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et du décret n°86-68 du 13 janvier 1986. Le détachement ne peut intervenir que sur demande du fonctionnaire, après saisine de la commission administrative paritaire. Seuls les titulaires d'un grade de la fonction publique territoriale peuvent en bénéficier. Les fonctionnaires stagiaires en sont exclus. Le détachement auprès d'une entreprise privée, d'un organisme privé ou d'un groupement d'intérêt public ne peut cependant excéder cinq années. Le fonctionnaire continue de bénéficier des droits à l'avancement et à la retraite relatifs à ce cadre d'emplois.

Le fonctionnaire peut également être mis en disponibilité au titre de l'article 61 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984. Cependant, dans cette hypothèse, le fonctionnaire, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite.

[17] Cette analyse, comme celle portant sur le respect du critère analogue par les SPL, a été contestée par le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) dans une plainte adressée en décembre 2011 à la Commission européenne qui n'a, à ce jour, fait l'objet d'aucune instruction.
[18] Conseil d'Etat, 26 janvier 1923, *de Robert Lafreygère*, Lebon p. 67 ; CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Lebon p. 158 ; Cour de Cassation, Soc., 26 novembre 1980, *Carletti.*

Pour les agents contractuels :
Il est possible de détacher ces salariés conformément au Code du travail (article L. 8241-2). Cependant, il s'agira probablement d'une modification du contrat de travail qui nécessitera la conclusion d'un avenant (modification du lieu de travail, etc.).

Il est également possible de mettre fin amiablement au contrat et de proposer un nouveau contrat. La SPL serait alors l'employeur.

Activités de transport

39. Concrètement, comment confier une activité de transport à une SPL ? Par quel type de contrat ?

L'AOT doit être actionnaire de la SPL pour lui confier une activité de transport en la matière.

Dans ce cas, elle publie un avis de pré-information au plus tard un an avant le premier acte constitutif de l'attribution directe du contrat, c'est-à-dire un an avant la délibération prévue à l'article L. 1411-19 du CGCT, pour attribuer tout ou partie de son activité à la SPL.

Ensuite, elle élabore un contrat d'exploitation du service qui sera conclu avec la SPL. C'est ce contrat qui est attribué directement à la SPL, sans mise en concurrence.

Ce contrat doit être conforme aux dispositions du Règlement OSP du 23 octobre 2007.

Une SPL peut se voir confier par ses actionnaires tout type de contrat de la commande publique. Il peut s'agir notamment :
- d'un contrat à prix kilométrique forfaitaire avec un transfert des recettes à l'AOT, de type « marché public de services » ;
- d'un contrat de type « délégation de service public » sous la forme d'un affermage.

Il n'est pas nécessaire que les autres collectivités actionnaires de la SPL soient parties au contrat ou signent une convention particulière avec la SPL.
Les autres actionnaires auront toutefois connaissance du contrat avec la SPL dès lors que leurs représentants au conseil d'administration de la SPL seront appelées à en autoriser la signature par la SPL.

40. Quelles activités peuvent être exercées pour le compte des actionnaires de la SPL au regard du ROSP ? Sous quelle forme (attribution directe / mise en concurrence) ?

Le Règlement OSP permet d'éviter toute mise en concurrence pour les « *activités de transport public de voyageurs sur le territoire de l'autorité locale compétente, nonobstant d'éventuelles lignes sortantes et autres éléments accessoires à cette activité se prolongeant sur le territoire d'autorités locales compétentes voisines*. »

L'article L. 1531-1 du CGCT instituant les SPL cantonne l'exercice de leurs activités au *« territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ».

Si un véritable contrôle de la SPL est bien institué, aucune mise en concurrence ne devra être mise en œuvre pour les activités de transport public de voyageurs sur le territoire des collectivités territoriales actionnaires (article 5.1 du ROSP, jurisprudence communautaire).

41. Quelle répartition des compétences entre l'Autorité Organisatrice de transport (AOT) et une SPL exploitant un service de transport ?

Le contrat de service public liant l'AOT à la SPL détermine les droits et obligations de chacune des parties :

- L'AOT exerce, à titre exclusif, les compétences qui lui sont dévolues par le Code des transports, ainsi que celles résultant du Règlement OSP. Elle ne peut, en aucun cas, transférer ses propres prérogatives à la SPL, laquelle n'est qu'un exploitant de transport. Toutefois, pour l'exercice de ses compétences, l'AOT associe ou, à défaut, consulte la SPL, cette dernière s'engageant à lui apporter son assistance, notamment sur un plan technique et commercial.

- La SPL peut être chargée d'une mission d'exploitation et de gestion du réseau de transport. Elle dispose des pouvoirs et compétences reconnus à un « exploitant » au sens du Code des transports ou à un « opérateur de service public » visé par le Règlement OSP. Elle se doit d'assurer l'exécution du service public et sa continuité. Dans le cadre de ses missions, la SPL élabore et propose les solutions permettant de concourir à la réalisation des objectifs définis par l'AOT.

42. Une SPL peut-elle exercer des activités annexes à la marge ?

Par principe, une SPL ne peut exercer que les activités prévues par son objet statutaire et sur le territoire de ses actionnaires. D'où l'intérêt de prévoir un large objet statutaire.

43. Une SPL peut-elle conclure d'autres contrats (à titre marginal) pour des prestations de transports avec différents clients (collèges, associations, écoles, etc.) ?

La SPL ne peut avoir aucun autre client que ses actionnaires puisqu'en application de l'article L. 1531-1 du CGCT, les SPL exercent leurs activités « *exclusivement pour le compte de leurs actionnaires* », dans le cadre des compétences qui sont attribuées à ces derniers, par la loi (article L. 1531-1 du CGCT). A défaut, la SPL perdrait son statut d'opérateur « *in-house* » et devrait être mise en concurrence par ses actionnaires.

Toutefois, l'article L. 212-4 du Code de l'éducation attribue aux communes la charge des écoles publiques et de leur fonctionnement, de sorte qu'elles sont tenues, notamment, d'assurer le service de transport des activités en lien avec l'enseignement (visites scolaires, piscines dans le cadre de l'école, etc.). Ainsi, lorsqu'une commune dispose effectivement d'une compétence « transport » (qui n'est pas nécessairement la compétence « transports réguliers » et ne le sera jamais si la commune est membre d'un EPCI doté de cette compétence), rien ne s'oppose à ce que cette commune exerce cette compétence, souvent dénommée « transport périscolaire ».

L'exercice de cette compétence peut être réalisé au travers d'une SPL, sous réserve que la commune en soit actionnaire.

Par ailleurs, une collectivité actionnaire pourrait confier à la SPL un service de transport à condition que ce service réponde à un intérêt général pour la collectivité et que les statuts de la SPL l'y autorisent (exemple : service de transport des personnes âgées).

La circonstance que cette compétence ne soit pas systématiquement un service public local ne pose pas de difficulté au regard du droit des SPL puisque celles-ci sont compétentes pour des SP locaux comme pour des activités d'intérêt général.

44. Quelle est l'incidence de la création d'une SPL sur le VT?

En-dehors de l'Ile-de-France, le versement transport (VT) est prévu par les dispositions des articles L. 2333-64 et suivants du CGCT.

En particulier, l'article L. 2333-66 prévoit que « *Le versement est institué par délibération du conseil municipal ou de l'organe compétent de l'établissement public* ».

La création d'une SPL n'a donc aucune incidence sur le VT.

Evolution de la société

45. Les participations des collectivités locales peuvent-elles évoluer au cours de la vie d'une SPL ?

Oui, les participations des collectivités territoriales peuvent évoluer, comme dans une SEM, soit au travers de cessions d'actions, soit au travers d'augmentations ou de réductions de capital.
Une augmentation de capital permet, par exemple, d'accroitre l'activité de la SPL en lui confiant de nouveaux contrats.

La procédure suivie est encadrée par les articles L. 225-127 et suivants du Code de commerce applicables aux sociétés anonymes. Ainsi, la décision de procéder à une augmentation de capital revient à l'Assemblée Générale extraordinaire de la société, selon les conditions de quorum et de majorité précisés par l'article L. 225-96 dudit Code. Il en résulte, notamment, qu'un actionnaire minoritaire ne peut décider, seul, d'une augmentation de capital.

Dans ces conditions, il est possible d'anticiper une augmentation future de capital liée, entre autres, à de nouveaux contrats attribués à la SPL, en prévoyant, dès la rédaction du pacte d'actionnaires, une clause de rendez-vous.

46. Que se passe-t-il en cas d'entrée de nouvelles collectivités actionnaires dans le capital ?

L'intégration de nouveaux actionnaires peut avoir pour effet d'étendre le périmètre géographique d'intervention de la SPL.

En effet, le périmètre de la SPL s'étendra à l'ensemble des périmètres de chacune des collectivités actionnaires.

Toutefois, la SPL de transport ne sera compétente que pour les services qui lui auront été confiés par chaque collectivité actionnaire, par contrat.

47. Est-il possible de créer des filiales à la SPL ?

Le régime des sociétés anonymes autorise la création de filiales.

L'article L. 1524-5 du CGCT prévoit un accord exprès des collectivités territoriales actionnaires pour toute prise de participation dans le capital d'une société commerciale.

Cependant, cette possibilité doit être mise en perspective avec la loi sur les SPL : la SPL doit exercer ses activités exclusivement pour le compte de ses actionnaires. Cette obligation doit s'entendre de l'exercice direct comme de l'exercice indirect de ses activités, au risque de priver d'effet utile cette disposition.

Dès lors, si une SPL crée une filiale, le champ d'application matériel et territorial de cette filiale devra être finement étudié afin de ne pas entraîner la perte de la qualification d'opérateur « *in house* » de la société mère. A priori, la création de la filiale ne sera donc possible que si les activités exercées par la filiale ne confèrent pas à la société mère une vocation de marché (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03).

48. Est-il opportun de créer un GIE avec la SPL ?

Un groupement d'intérêt économique (GIE) permet à ses membres de mettre en commun des services transversaux, le financement de ces services étant assuré par le budget du GIE abondé pas ses membres au travers de clés de répartition à définir au cas par cas.

Le GIE est une forme juridique très souple qui laisse une très grande liberté pour la détermination de son organisation et de son fonctionnement, sous réserve du respect de quelques règles impératives.

En effet, doté de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique à compter de son immatriculation, le GIE ne nécessite pas la constitution d'un capital social (plus de 60 % des GIE n'en sont pas dotés). En outre, son objet peut être civil ou commercial, en fonction de son activité. Il présente la particularité de s'inscrire dans le prolongement de l'activité de ses membres en leur permettant de réaliser une collaboration avec mise en commun de certaines activités ou de moyens tout en conservant leur indépendance juridique.

Le GIE a pour but, aux termes de l'article L. 251-1 du Code de commerce « *de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se*

rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

Le GIE doit comprendre au minimum deux membres (article L. 251-1 al. 1er). Lorsqu'il ne comprend plus qu'un seul membre, en cas de réunion de tous les droits en une seule main, le groupement doit être dissout.

Les membres du GIE peuvent être des personnes physiques ou morales de droit privé (sociétés, associations dont l'activité est économique, syndicats, autres GIE etc.) ou de droit public (État, collectivités locales et entreprises publiques).

Chacun des membres doit, préalablement à son adhésion au groupement, exercer une activité économique (article L. 251-1). Bien que cette notion soit entendue au sens large, il conviendra d'éviter que la SPL ne demeure qu'une « coquille vide » et ce, tant antérieurement à la création du GIE, que postérieurement à sa création.

La présence de personnes morales de droit public entraîne l'application de dispositions particulières relatives aux GIE d'économie mixte. Ils sont soumis à un contrôle économique et financier de l'État. Les représentants de l'État qui administrent ou contrôlent le groupement sont nommés pour une durée maximale de trois ans (décret n° 75-653 du 22 juill. 1975).

La constitution d'un GIE entre un EPIC et une SPL est envisageable à condition, d'une part, que ces deux entités aient bien une activité économique et que, d'autre part, leurs conseils d'administration respectifs aient formalisé leur accord.

En pratique, la création d'un GIE peut être intéressante lorsque, par exemple, une SPL et un EPIC de transport coexistent en vue de mettre en commun des services transversaux (juridique, comptabilité, direction, ressources humaines). Un GIE peut être également constitué, par exemple, entre une SPL et un département pour la mutualisation de l'entretien des véhicules, de la paie, etc.

Contrôle de la société

49. Quels sont les contrôles internes exercés sur la SPL ?

Comme mentionné ci-dessus (cf. question 32), les collectivités ou groupements de collectivités doivent exercer sur les SPL dont elles sont actionnaires un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services.

Ainsi, l'article L. 1524-5 alinéa 1 du CGCT prévoit que : « *Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.* »

Ce même article exige également « *Les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte. Lorsque ce rapport est présenté à l'assemblée spéciale, celle-ci assure la communication immédiate aux mêmes fins aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres*. » (article L. 1524-5 aliéna 14).

De plus, l'article L. 1524-1 du CGCT dispose que « *A peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une société d'économie mixte locale ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification. […]* ».

Toutefois, si la loi organise de la sorte le contrôle de la SPL par les collectivités associées, ces modalités, l'a rappelé le ministère de l'intérieur[19], n'apparaissent pas suffisantes pour garantir que les actionnaires entretiennent avec leur SPL des relations de quasi-régie, dans les conditions posées par la jurisprudence communautaire.

Pour s'en assurer, les statuts et règlements des SPL doivent instituer de plus amples modalités de contrôle par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société[20].

50. Quels sont les contrôles externes exercés sur la SPL ?

La circulaire du 29 avril 2011 relative aux SPL rappelle les deux types de contrôle existant :

- Le contrôle du Représentant de l'Etat

Outre le contrôle de légalité exercé sur les actes des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales actionnaires, le représentant de l'Etat dans le département où se trouve le siège de la société dispose de moyens de contrôle spécifiques sur l'activité de ces sociétés.

Le contrôle de légalité porte notamment sur :

- les délibérations des collectivités territoriales ou de leurs groupements décidant la création d'une SPL, fixant le montant de leur participation au capital social et approuvant les statuts de la société ;
- les délibérations portant sur les relations entre la SPL et les collectivités territoriales ou leurs groupements actionnaires ;
- les marchés et contrats éventuellement conclus entre les collectivités territoriales ou leurs groupements actionnaires et la SPL, lorsqu'ils sont soumis à obligation de transmission.

La transmission de ces actes au préfet est une condition de leur caractère exécutoire. Les délibérations transmises au représentant de l'Etat doivent être accompagnées des documents qui leur sont annexés (comme les statuts de la société créée par exemple)[21]. En présence d'un doute sur la légalité d'un acte, le préfet peut demander qu'il soit retiré ou modifié. En cas de refus, il peut saisir le Tribunal administratif.

Le contrôle spécifique :
L'article L. 1524-1 du CGCT donne un droit d'information au représentant de l'Etat en organisant une procédure de transmission obligatoire de certains actes (exemples :

[19] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA
[20] Même circulaire.
[21] CE, Sect., 13 janvier 1988, *Mutuelle générale personnelle des collectivités locales*, req. n° 68166.

délibérations du conseil d'administration ou de surveillance et de l'assemblée générale, comptes annuels et rapports du commissaire aux comptes).

Ce contrôle spécifique peut entraîner une saisine de la chambre régionale des comptes si le préfet estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière des collectivités concernées ou à accroître leur risque dans le cas où elles ont accordé leur garantie à un emprunt contracté par la société (article L. 1524-2 du CGCT).

- Le contrôle financier des chambres régionales des comptes (CRC)

La vérification des comptes :
En application de l'article L. 211-4 du Code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes peut procéder à la vérification des comptes des SPL.

Le contrôle de gestion :
L'article L. 211-8 du Code des juridictions financières habilite les chambres régionales des comptes à examiner la gestion des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que de leurs sociétés. Les CRC peuvent également assurer ces vérifications sur demande motivée, soit du préfet dans la région ou le département, soit de l'autorité territoriale.
L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations.

Annexe : liste des SPL créées ou en cours de création et intervenant en transport

SPL	Collectivités actionnaires	Années de création
SPL Sud Bourgogne Transport Mobilité	- Département de Saône-et-Loire (95%) - Région Bourgogne (5%)	2011
Agglobus	- Communauté d'agglomération Saumur Loire Développement (90%) - Ville de Saumur (10%)	2011
STRAN	- Communauté d'Agglomération de la Région Nazairienne et de l'Estuaire (CARENE) (75%) - Ville de Saint-Nazaire (14.6%) - Conseil général de Loire Atlantique (5%) - Communes	2011
SPL D'un point à l'autre	- Département du Tarn - Commune de Gaillac	2011
SPL de Maubeuge Val de Sambre	- Syndicat mixte du Val de Sambre (SMVS) (90%) - Communauté d'agglomération de Maubeuge (10%)	2011
Translandes	- Département des Landes (60%) - Grand Dax (40%)	2012
SPL Sud Rhône Alpes Déplacements Drôme Ardèche	- Département de la Drôme (46%) - Syndicat Mixte Valence Drôme Déplacement (27%) - Région Rhône Alpes (18%) - Département de l'Ardèche (9%)	2012
SPL Transfensch	- Syndicat mixte des transports urbains de Thionville-Fensch - Agglomération Val de Fensch	En cours de création
Baie d'Armor Transports	- Saint-Brieuc agglomération (98%) - Département des Côtes d'Armor (2%)	En cours de création